



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

MENORES EXTRANJEROS

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

SEGUNDO SEMESTRE.2019

INDICE

I.NOTA PRELIMINAR.....p.3.

II.CIVIL

1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD

A. Documentos y prueba médica contradictorias.

a. Prevalece la prueba médica.....p.8.

b. Prevalece el documento.....p.10

B. Únicamente hay pruebas médicas

a. Se confirman las pruebas médicas.....p.16.

b. Se rechazan las pruebas médicas.....p.22.

C. Recurribilidad de la determinación de la edad.....p.23.

D. Otras.....p.29.

II.PENAL

1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD

A. Documentos y prueba médica contradictorias

a. Prevalece la prueba médica

b. Prevalece el documento



- B. Únicamente hay pruebas médicas
 - a. Se confirman las pruebas médicas
 - b. Se rechazan las pruebas médicas

III.CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1.CONFIRMACIÓN DEL PROTOCOLO MARCO

2.DETERMINACIÓN DE LA EDAD

- A. Competencia de la Jurisdicción Contenciosa
- B. Documentos y prueba médica contradictorias

- a. Prevalece la prueba médica.....p.33.
- b. Prevalece el documento

- C. Únicamente hay pruebas médicas.
 - D. Únicamente hay documento
 - E. Recurribilidad del Decreto del Fiscal
- #### **3.AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA.**



I.NOTA PRELIMINAR

La Instrucción 1/2015 de la FGE, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados, en su Apdo.10 establece que: *los Fiscales de Sala Coordinadores habrán de elaborar al menos semestralmente resúmenes jurisprudenciales de la materia que le es propia, sistematizados por medio de un índice de materias. Tales resúmenes serán remitidos a todos los delegados de la especialidad por correo electrónico. En cuanto a la publicidad de tales recopilaciones, la Instrucción añade a continuación que los resúmenes jurisprudenciales se publicarán igualmente en la página fiscal.es a disposición de todos los Fiscales, sean o no especialistas.*

En cumplimiento de tales cometidos hemos elaborado un nuevo resumen con extractos de las resoluciones jurisdiccionales en materia de menores extranjeros no acompañados.

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:

CIVIL

DETERMINACIÓN DE EDAD

Documentos contra pruebas médicas

Prevalece la prueba médica

ATS de 18 de diciembre de 2019. Ausencia de interés casacional: La Audiencia Provincial rechaza una partida de nacimiento por no tener huella ni foto, ser una fotocopia y no estar traducida. La Carta del Consulado de Guinea no es válida al estar manipulada y dictarse sobre un certificado del que ya se ha dudado. La ortopantomografía concluye que el interesado es mayor de edad. La documentación no acredita la identidad y no es veraz por lo que cabe acordar pruebas científicas adicionales.



SAP de Barcelona, secc-18ª nº, 492/2019, de 17 de julio: El certificado del Cónsul de Argelia se ha expedido sobre la base de la fecha de nacimiento dada por el interesado sin efectuar una comprobación objetiva. No era difícil durante todo este tiempo haber obtenido un documento de identificación de que de forma incontrovertida certificara la edad.

Medida cautelar de permanencia en el centro de protección

Se desestima

AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 433/2019, de 12 de noviembre: La fotocopia de una fotografía hecha por móvil de un certificado de nacimiento no tiene valor alguno como apariencia de buen derecho. El interesado vive con una educadora social. No está en la calle ni en situación de peligro.

Prevalece el documento

Muy interesante: SAP de Asturias, secc.4ª, nº 382/2019, de 30 de octubre: Conforme al art.12.4 LOPJM, es razonable para autorizar la prueba médica un informe de Policía Nacional en que tras cotejar las huellas del interesado consta que el interesado figura en el Registro de Información de Schengen como adulto. La prueba médica es insuficiente ya que sólo se practicó el consentimiento informado respecto a la radiología del carpo que dio un resultado de minoría, pero no a la ortopantomografía y a la clavícula que se llevaron a cabo con posterioridad y dieron un resultado de mayoría de edad. El consentimiento pudo hacerse verbalmente, pero si en las primeras se hizo por escrito, debe explicarse porque las otras no se han realizado de la misma forma. No se ha indagado sobre las circunstancias concretas del consentimiento informado.

SAP de Barcelona, secc.18ª, nº548/2019, 26 de julio: No se ha impugnado el pasaporte de Ghana. La exploración física señala que quedan pendientes las pruebas radiológicas sin que consten en las actuaciones.



Únicamente hay prueba médica

Se rechaza

ATS de 27 de noviembre de 2019 (Recurso nº5310/2018): No infringe la doctrina del Supremo aplicar el principio de favor minoris ante un informe médico de determinación de edad que no está bien explicado ni es concluyente.

Se acepta

SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 566/2019, de 17 de septiembre: La prueba médica está justificada ante la total ausencia de colaboración del interesado que no ha aportado documento alguno, aunque ha tenido contacto con sus familiares. No es necesaria la prueba de clavícula al no considerarla precisa la forense. El interesado pertenece al Grupo racial Norte- africano respecto de la que no se han realizado tablas óseas pero la perito ya ha tenido en cuenta el margen de error que se deriva de las pruebas.

Medida cautelar de permanencia en el centro de protección

Se deniega al no aportar el interesado un documento.

AAP de Barcelona, secc.18ª, nº468/2019, de 27 de noviembre: Si el reclamante solicita ser reconocido como menor de edad, debe acreditar su edad documentalmente. Aunque el menor haya abandonado el centro y manifiesta que no quiere ingresar en un centro, el procedimiento judicial debe seguir.

Recurso judicial contra el Decreto del Fiscal de determinación de edad

Muy interesante. AAP de Madrid, secc.10ª, nº343/2019, de 18 de noviembre: Si se debate la validez de un documento para fijar la edad, la jurisdicción civil es competente por la vía del art.158.4 CC. Posibilidad de seguir el procedimiento de derechos fundamentales el Decreto del Fiscal cuando hay contradicción entre pasaporte y pruebas médicas y no hay



resolución administrativa que permita acudir al art.780 LECIV.

AAP de Barcelona nº 341/2019, e 18 de septiembre: El acuerdo del ente de protección confirmando el alzamiento del desamparo ante un Decreto del Fiscal que deniega la revisión de la mayoría de edad puede recurrirse judicialmente, aunque no se hubiera recurrido la Resolución originaria alzando el desamparo.

Otras

AAP de Barcelona, secc.18ª, nº398/201 9 de 24 de octubre. El procedimiento del art.780 LECIV es para examinar una resolución de cese de tutela o alzando el desamparo y no para dilucidar si procedía aplicar una concreta fecha de nacimiento más favorable para el interesado.

AAP de Barcelona, secc.18ª, nº398/201 9 de 24 de octubre: Si el menor abandona el centro es exigible a este último antes de cesar la tutela una mínima investigación dirigida a localizar al menor y comprobar si algún familiar se ha hecho cargo de él o ha vuelto a su país.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

DETERMINACIÓN DE EDAD

Documentos contra pruebas médicas

Prevalece el documento

STSJ de Andalucía, nº2273/2019, de 17 de octubre: Un documento puede ser auténtico y cuestionarse su contenido. La plena eficacia probatoria de un documento no existe. La literalidad del art.319 y 326 LECIV llevaría a consecuencias absurdas como dar plena fuerza probatoria a dos documentos contradictorios entre sí. En este caso no se ha tenido en cuenta la horquilla.



Recurso judicial contra el Decreto del Fiscal de determinación de edad

Muy interesante: STSJ de Madrid nº 801/2019, de 19 de diciembre: Recurribilidad directa del decreto del Fiscal de determinación de edad. La STS nº131/2018, de 31 de enero señala que es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa cualquier acto de aplicación del Protocolo. El Decreto del Fiscal pone fin a un procedimiento eminentemente administrativo, con un acto de aplicación del citado Protocolo que según la sentencia debe poder impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.



II.CIVIL

1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD

A. Documentos y prueba médica contradictorias

a. Prevalece la prueba médica

Tribunal Supremo

1.ATS nº3682/2019, de 18 de diciembre

La partida de nacimiento carece de foto y huella. Tampoco es válida la carta expedida por el Cónsul de Guinea ya que el documento ha sido manipulado (La foto se ha colocado encima del sello), además de basarse en un extracto de nacimiento ya valorado. Asimismo, la partida no está traducida y es una mera fotocopia. La prueba de ortopantomografía acredita que tiene 18 años. La Audiencia concluye que el interesado es mayor de edad ante la duda razonable a cerca de la veracidad de la documentación aportada y lleva a cabo, para aclarar la veracidad sobre la edad, pruebas adicionales y científicas. No hay interés casacional.

Por el juzgado de instrucción n.º 2 de Madrid, se hizo constar que recibida información del CIE de Madrid, adjuntando pruebas radiológicas de determinación de la edad, se hizo constar que la edad era de 19 años o más, acordando el archivo del expediente; ii) que de la partida de nacimiento aportada, no se pudo inferir efecto probatorio, pues no aparece ni foto ni huella que lo justifique, siendo que a su llegada a España, indocumentado, fue ingresado en un CIE y tratado como mayor de edad, tras realizarle la prueba radiológica oseométrica en Málaga, que determinó su mayoría de edad; iii) tampoco considera válida la carta expedida por el consulado de Guinea, pues no acredita realmente que la fecha de nacimiento es la de NUM000 de 2001, como aparece, siendo que además la fotografía que aparece, tapando parcialmente el sello del consulado, no da validez al mismo, pues la foto fue puesta después de la colocación del sello consular, lo que implica que el documento ha sido manipulado, además de basarse el mismo en un extracto del nacimiento ya valorado. Por todo ello, se considera que los documentos aportados carecen de validez probatoria respecto de la menor edad, añade que el documento aportado como partida de nacimiento no está



traducida, y es una mera fotocopia. Añade que en el informe emitido por el HOSPITAL000 de NUM000 de 2016, prueba de ortopantomografía, consta que su edad se encuentra en 18 años. Por el actor se presentó recurso de apelación.

(...)

Como resulta de lo expuesto, mediante la sentencia recurrida en casación, se desestima el recurso de apelación interpuesta por el ahora recurrente, pues “se está ante una conclusión inequívoca, de que el apelante es mayor de edad”; como se expuso ut supra, la audiencia ante la falta de prueba documental fehaciente e indubitada acerca de la identidad del apelante y de su fecha de nacimiento y ante la duda razonable a cerca de la veracidad de la documentación aportada y la práctica para aclarar la veracidad sobre la edad, de las pruebas adicionales y científicas, llega a la conclusión de ser aquél mayor de edad. En consecuencia, no se infringe la doctrina de la sala, siendo por tanto que el interés casacional alegado lo es meramente instrumental o artificioso.

Debe recordarse que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un interés casacional que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha.

Audiencia Provincial

1.SAP de Barcelona, secc-18ª nº, 492/2019, de 17 de julio

La prueba médica da un resultado de mayoría de edad que el recurrente no rebate. El interesado ha facilitado fechas de nacimiento diferentes. El certificado del Cónsul de Argelia se ha expedido sobre la base de la fecha de nacimiento dada por el interesado sin efectuar una comprobación objetiva. No era difícil durante todo este tiempo haber



obtenido un documento de identificación que de forma incontrovertida certificara la edad.

---, no considera válido el documento consular para entender probada la fecha de nacimiento del demandante, destaca que este facilitó diversas posibles fechas y concluye que las pruebas médicas acreditan la mayoría de edad. En suma, desestima la demanda.

Tanto el informe preliminar de determinación de la edad, de 22 de enero de 2018, como el informe médico forense de 16 de febrero de 2018 recogen la conclusión de que el explorado es mayor de 18 años.

El Cónsul de Argelia en Barcelona certifica que el interesado, “nacido(a) el NUM000 /2000, hijo de Calixto y de África, “ha introducido una solicitud de pasaporte que será tramitada tras la obtención de un documento de residencia vigente”.

Los datos de identidad, filiación y fecha de nacimiento son, razonablemente, los facilitados por el solicitante, no constan contrastados con los archivos del Estado argelino y lo que se dice es que se ha presentado una solicitud, no que tales datos sean incontrovertibles. No era difícil, durante todo este tiempo, haber obtenido y haber aportado un documento de identificación válidamente expedido por las autoridades argelinas que certificara de forma incontrovertible la verdadera edad del actor.

Ni siquiera ha aportado datos de edad del eventual proceso penal que se puede haber seguido por la denuncia de robo.

La falta de documentación y las contradicciones en cuanto a su fecha de nacimiento justificaban la realización de las pruebas médicas, cuyo resultado no es expresamente rebatido por el apelante. Carlos Francisco es de raza blanca, no subsahariana.

b. Prevalece el documento

Audiencia Provincial

1.SAP de Asturias, secc.4ª, nº 382/2019, de 30 de octubre

MUY INTERESANTE. Debe examinarse si se cumple el juicio de proporcionalidad que exige el art.12.4 de la LOPJM al Fiscal para dudar de un documento. En este caso es razonable. El informe de Policía Nacional señala tras cotejar las huellas del interesado que figura como adulto en el Sistema de Información Schengen. Asimismo, la apariencia



física era de adulto. Ahora bien, no se llevó a cabo correctamente el consentimiento informado ya que que el mismo sólo se practicó para la prueba del carpo que determinó que el interesado podía ser menor de edad, pero no para las pruebas posteriores de la ortopantomografía y la clavicular que determinaron que era adulto. Si bien la autorización puede ser verbal conforme al artículo 8.2 de la Ley 1/2002, de 14 de noviembre, el hecho de que se acordara un consentimiento informado por escrito para la primera prueba, hace que no se explique porque se prescindió de la forma escrita en las siguientes pruebas. El Fiscal no ha preguntado al interesado ni al monitor sobre este aspecto. Solo debe atenderse a la prueba autorizada y al margen inferior de la horquilla conforme al art.190 RE que es de minoría de edad. Se atiende al documento. No se cuestionaron formalmente los documentos.

Como resultado de las diligencias llevadas a cabo por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de la Policía se tuvo conocimiento de que en el Sistema de Información Schengen constaba una persona con el mismo nombre y país de nacimiento nacida el NUM001 de 1998, datos que habían sido incorporados por Italia, a cuyas autoridades se solicitó a través de la Oficina Sirene-España la reseña dactilar y fotográfica de dicha persona y que una vez cotejada por la Brigada de Policía Científica permitió concluir que se trataba de la misma persona.

(...)

Precisamente, el actual *artículo 12 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*, redactado según Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige en su apartado 4 que la realización de pruebas médicas para la determinación de la edad venga precedida del juicio de proporcionalidad que debe realizar el Fiscal y en el que tendrá que ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado no es fiable.

En el presente caso tal juicio de ponderación viene expresado en el decreto del Fiscal de Menores de 24 de noviembre de 2017, y las razones que en él se exponían a fin de justificar que los documentos presentados por Heraclio para acreditar su edad (pasaporte y certificado de nacimiento) no eran fiables eran dos: principalmente, que como resultado de las



comprobaciones realizadas por la Policía se había determinado que se trataba de la misma persona que aparecía registrada en el Sistema de Información Schengen como nacido el NUM001 de 1998, y de forma complementaria que su apariencia física era de una edad biológica superior a los 16 años que resultaba de los documentos presentados.

Siendo ello así, no cabe entender que el acuerdo adoptado de que se realizasen pruebas complementarias para la determinación de la edad careciera de una base razonable y suficientemente justificada, pues existían datos contradictorios procedentes de otras autoridades del espacio Schengen que ponían en duda la fecha de nacimiento de la que dependía que el interesado fuese considerado o no menor de edad.

Ahora bien, la efectiva realización de tales pruebas exigía el previo consentimiento informado del afectado, tal y como establece el propio *artículo 12.4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*.

Debe tenerse en cuenta entonces que las pruebas médicas fueron acordadas y realizadas en distintos momentos.

Inicialmente, el decreto de 24 de noviembre de 2017 dispuso la realización de una prueba radiológica, de la que se daría vista al Médico Forense para que, tras el examen físico, informase sobre la edad de Heraclio.

Dicha prueba (única de la que se tiene constancia en el expediente de la Consejería) fue realizada el 22 de diciembre de 2017, habiendo procedido el interesado previamente, y en esa misma fecha, a firmar el acta de consentimiento informado con la asistencia de la intérprete Asunción y en la que expresamente se indicaba que tal actuación venía motivada por el decreto de la Fiscalía de Menores de 24 de noviembre de 2017 y se trataba de la realización de una prueba radiográfica a fin de determinar la edad aproximada.

El resultado obtenido no permitía excluir la minoría de edad, pues se consideraba compatible con una edad ósea de 17 años y nueve meses o superior, y ya en el acta de consentimiento informado se advertía que cuando ofreciese un margen de edad (vgr. Entre 17 y 19 años) se entendería que el interesado tiene 17 años.



La médico forense, sin haber procedido aún al reconocimiento y examen físico que se le había solicitado, pidió entonces otra prueba, una ortopantomografía con indicación del estadio de mineralización hallado en el tercer molar, prueba que fue acordada por decreto del Fiscal de 1 de marzo de 2018 y se realizó el siguiente 5 de marzo.

Pero dicho perito, tras haber reconocido y realizado la exploración física de Heraclio, solicitó otra prueba más, consistente en esta ocasión en una radiografía de la extremidad interna de la clavícula, que también fue acordada por decreto del Fiscal de 16 de marzo de 2018 y se llevó a cabo el 6 de abril siguiente.

Sucede, no obstante, que, respecto de estas dos últimas pruebas, que fueron las que, al fin y a la postre, especialmente la última de ellas, llevaron al informe forense a concluir que la edad cronológica no podía ser inferior a los 19 años, no consta que se hubiese solicitado y obtenido el previo consentimiento informado del afectado.

Es verdad que, conforme a lo dispuesto en el *artículo 8.2 de la Ley 1/2002, de 14 de noviembre*, el consentimiento será verbal por regla general, aunque deberá prestarse por escrito en determinados casos, entre los que no se halla el supuesto analizado, ya que no se trataba de pruebas médicas invasivas, entendiéndose por tales aquéllas que suponen una introducción en el organismo, una agresión química o mecánica del cuerpo o mediante inyecciones intradérmicas o subcutáneas o tubos o dispositivos médicos, aparatos o sondas ((*SAP Barcelona Sección 18 de 31 de octubre de 2018*). Sin embargo, si la primera vez que se llevaron a cabo pruebas médicas complementarias se consideró necesario recabar el consentimiento escrito del interesado con relación a la que entonces se había acordado, siendo previamente informado de cuál era su finalidad y garantizando además que había comprendido en qué consistía la actuación de que se trataba y para la que se requería su colaboración personal mediante la asistencia de un intérprete, no se justifica ni se ha ofrecido tampoco explicación alguna de por qué en las siguientes pruebas que se acordaron se prescindió de esa forma escrita, siendo además que tampoco se ha practicado ninguna prueba que acredite el cumplimiento de la exigencia de obtener el previo consentimiento informado del afectado.

En su recurso el Ministerio Fiscal apunta que así se hace en todos los casos conforme al protocolo de actuación establecido, pero nada se dice



acerca de las circunstancias en que se habría procedido en este supuesto concreto, ni sobre cómo y por quién se informó al interesado y se obtuvo su consentimiento. Ninguna pregunta sobre ello se le hizo en el interrogatorio practicado en la vista, y tampoco se inquirió sobre el particular al testigo coordinador del Centro Darna a cuyo cargo se hallaba por aquel entonces. Ni siquiera el informe médico forense, pese a haber reconocido a Heraclio entre la segunda y la tercera de las pruebas complementarias que se realizaron, incluye mención alguna de que hubiera consentido ser sometido a las mismas.

Debe tenerse cuenta el carácter restrictivo con el que dichas pruebas vienen siendo admitidas por la jurisprudencia, señalando que éstas no pueden aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad y que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona debe resolverse a favor del menor, habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto.

Por otro lado, tampoco hay constancia de que se hubieran verificado los datos incorporados al Sistema de Información Schengen por las autoridades italianas cuando de la información obtenida a través de la Oficina Sirene-España resultaba otra fecha de nacimiento distinta de la que aparecía registrada, en concreto el NUM001 de 1999.

En tales circunstancias, la segunda y la tercera de las pruebas médicas complementarias realizadas sin constar que se hubiera obtenido el previo consentimiento informado del afectado, no pueden ser valoradas al objeto de determinar su edad.

A ello debe añadirse que, atendido el margen de error predicable de ese tipo de pruebas y el principio del favor minoris, la jurisprudencia ha venido considerando que cuando sus resultados arrojan una edad mínima de 18 ó 19 años están tan próximos a la minoría de edad que ésta no puede quedar descartada (*Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero, 22 y 23 de mayo, 18 de junio y 3 de julio de 2015*).

Cabe concluir entonces que, estando el demandante en posesión de documentos de los que resultaba ser menor de edad cuya validez como tales a efectos de acreditar su fecha de nacimiento no ha sido formalmente cuestionada, no debería haberse puesto en duda su minoría de edad por no



tratarse de un extranjero indocumentado, pero si los recelos que había suscitado la fiabilidad de tales documentos a la vista de las comprobaciones policiales efectuadas podía justificar la realización de pruebas médicas complementarias, la única que se hizo cumpliendo con las exigencia de obtener un consentimiento informado determinó una edad cronológica de entre 16 años y 6 meses y 21 años y 6 meses según el dictamen médico forense, lo cual, según el *artículo 190.4, párrafo 2º, del RD 557/2011, de 20 de abril*, implicaba que se considerase menor de edad. Así debió haber sido y no tendría que haberse procedido al archivo del expediente de protección como menor extranjero no acompañado que se había incoado por la entidad pública.

2.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº548/2019, 26 de julio

No se ha impugnado el pasaporte de Ghana. En el informe médico se señala que de la exploración física se concluye que el examen dental, antropométrico y el desarrollo sexual es compatible con ser menor de 18 pero también se indica que es un resultado provisional quedando pendiente de realizar las pruebas radiológicas. Las mismas no constan en las actuaciones.

Ello, no obstante, Fiscalía de Menores había recibido el pasaporte original del apelante, en el que se consigna como fecha de nacimiento el NUM000 de 2000 en Ghana

El Informe de la Clínica Forense de determinación de edad, efectuado el 22 de junio de 2018 dice que el sujeto manifestaba haber nacido el NUM000 de 2000. Como conclusión al examen médico se dictamina que los datos antropométricos, examen dental y desarrollo de los caracteres sexuales secundarios son compatibles con ser menor de 18 años, siendo el informe totalmente provisional porque faltaba informe de radiografías Oseas de muñeca y ortopantomografía y no consta en autos su aportación posterior, pese a que se recoja en sentencia que así se indicó por la facultativa que compareció al acto de la vista.

(...)

El aquí apelante aporta documentación de su país origen que no ha sido impugnada y cuya autenticidad tampoco ha sido cuestionada. De la indicada documentación resulta que en el momento en que se cerró el expediente era menor de edad.



La sentencia de instancia desestima la solicitud presentada por la representación letrada de Hipolito. Por Resolución de la DGAI de 4 de julio de 2018 se había acordado el cierre y archivo del expediente de tutela por mayoría de edad, en base a la existencia de pruebas médicas e informe del médico forense para la determinación de la edad.

Ello, no obstante, Fiscalía de Menores había recibido el pasaporte original del apelante, en el que se consigna como fecha de nacimiento el NUM000 de 2000 en Ghana.

El Informe de la Clínica Forense de determinación de edad, efectuado el 22 de junio de 2018 dice que el sujeto manifestaba haber nacido el NUM000 de 2000. Como conclusión al examen médico se dictamina que los datos antropométricos, examen dental y desarrollo de los caracteres sexuales secundarios son compatibles con ser menor de 18 años, siendo el informe totalmente provisional porque faltaba informe de radiografías Oseas de muñeca y ortopantomografía y no consta en autos su aportación posterior, pese a que se recoja en sentencia que así se indicó por la facultativa que compareció al acto de la vista.

B. Únicamente hay pruebas médicas

a. Se confirman las pruebas médicas

Audiencia Provincial

1.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 566/2019, de 17 de septiembre

La prueba médica está justificada ante la total ausencia de colaboración del interesado que no ha aportado documento alguno, aunque ha tenido contacto con sus familiares. No es necesaria la prueba de clavícula al no considerarla precisa la forense. El interesado pertenece al grupo racial Norte- africano respecto de la que no se han realizado tablas, pero la perito ya ha tenido en cuenta el margen de error que se deriva de las pruebas.

En el recurso de apelación se alega error en la valoración de la prueba sosteniendo básicamente que la prueba pericial médica es incompleta, que faltan pruebas complementarias entendiéndose necesaria la radiografía externo-clavicular y que el resultado médico incluye un margen de error que haría compatible la edad real con la manifestada por Fidel.



Nos encontramos ante un supuesto en el que la persona cuando se presenta ante la policía lo hace sin documentación alguna, ni pasaporte, ni partida o certificado de nacimiento, o cualquier otro documento que permita su identificación, no habiendo sido aportado tampoco con posterioridad pese a constar que mantuvo contacto telefónico con el padre durante su estancia en el centro. La única prueba practicada es la pericial forense. Entendemos por tanto justificada la necesidad de realizar pruebas médicas para la determinación de la edad del demandante ante la ausencia total de documentación y falta de colaboración por parte del interesado para obtenerla, todo ello de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo recogida en sentencia de fecha 8-6-2015 (ROJ: STS 2347/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2347).

En relación a la valoración de la prueba pericial médica realizada por el IMELEC, la Sala comparte la realizada por el Juez de Instancia. Consta un primer informe preliminar en el que tras la entrevista y exploración física se orienta su edad a "sí haber alcanzado los 18 años de edad" siendo el informe provisional hasta que se realicen las pruebas radiológicas consistentes en radiografía de mano-muñeca izquierda y ortopantomografía. Según el informe definitivo de 16-1-2018 después de realizadas las pruebas, el estudio radiológico del carpo da una edad de 18 años según atlas Greulich y Pyle. Consta realizada la ortopantomografía que da una edad de 18 años y se concluye que, según los resultados de la entrevista, la exploración física y las pruebas complementarias la edad mínima más probable sería 18 años. Es la única prueba realizada y no se justifica por el apelante la necesidad de realizar pruebas complementarias pues no se aportan razones médicas para ello y la médico del IMELEC que ha emitido el informe no lo ha considerado necesario. Ciertamente la persona reconocida pertenece al grupo racial Norte- africano respecto de la que no se han realizado tablas, pero la perito ya ha tenido en cuenta el margen de error que se deriva de las pruebas médicas y deriva su conclusión del examen global del interesado, es decir, que cuando se concluye la edad ya se ha tenido en consideración el margen de error. Esta es la única prueba que ha podido practicarse para determinar la mayoría de edad del demandante.

No cabe dar mayor valor probatorio a las manifestaciones del demandante sobre su fecha de nacimiento cuando no ha aportado ninguna prueba de la que se derive la certeza de su manifestación. Como ya señalamos en la sentencia de 6-9-2018 (ROJ: SAP B 7742/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7742) "si la falta de pasaporte o documento similar es debido a la sola voluntad



del menor, podrían producirse situaciones de fraude de Ley que deben prevenirse, pues, por el solo expediente de no portar la documentación de identidad, se podría conseguir la consideración de la minoría de edad y la protección que supone respecto a personas adultas sometidas a una legislación y a un control administrativo para su entrada y permanencia en España". Si el demandante reclama su protección como menor de edad, no es ajeno a la carga de la prueba que acredite que lo es, en especial mediante la documental de documento de identidad y pasaporte.

2.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 544/2019, de 25 de julio

Las pruebas médicas realizadas ante la falta de documentación y en las que se ha tenido en cuenta el margen de error, concluyen que tiene una edad mínima más probable de 18 años. El recurrente no ha aportado prueba alguna para determinar su edad, está ilocalizable y no ha acudido a la vista en la que podría haber sido oído

En el caso de autos las pruebas médicas efectuadas, cuya realización estaba justificada para la determinación de la edad del demandante ante la ausencia total de documentación y falta de aportación de cualquier otra prueba acreditativa de su edad, pruebas médicas en las que se tuvo en cuenta el margen de error, concluyen que el recurrente tiene una edad mínima más probable de 18 años. No puede aplicarse el principio de mayor beneficio al menor cuando como ocurre en el presente caso, no existe duda de su minoría de edad, ni el actor ha aportado prueba alguna para acreditar su menor edad, tal como afirma.

Tras el cierre del expediente administrativo y el cese de las medidas de protección inicialmente adoptadas, Onesimo está ilocalizable, según refiere su Defensa, no ha acudido a la Vista celebrada en primera instancia momento en que hubiera podido ejercer su derecho a ser escuchado, cuya omisión es motivo de queja en el recurso planteado, sin que tal derecho se haya ejercitado por la propia actitud del recurrente.



3.SAP Barcelona, nº486/2019, de 11 de julio

La prueba médica está justificada. Cuando el interesado está en el centro consta que tiene un expediente abierto con una fecha de nacimiento por la que sería adulto. No se le hacen las pruebas por estar indocumentado sino por la diversidad de fechas que constan en las actuaciones. La forense dijo en juicio que no tenía duda alguna de que era mayor de edad y que no practicó la prueba de clavícula porque no la necesitó.

Una vez formulada la demanda el 28-7-2017, la DGAIA se opuso alegando que tras dictarse la resolución de atención inmediata e ingreso en centro, resultó que tenía abierto expediente identificativo con su nombre donde constaba que había nacido el NUM001 -1999 en Argelia, por lo que Fiscalía tuvo que acordar la práctica de las pruebas de determinación de edad conforme al art. 35.3 de la Ley de Extranjería.

no tanto porque Ildefonso iba indocumentado, sino por la diversidad de fechas de nacimiento obrantes en las actuaciones, por lo cual, careciendo de fundamento la petición por el mismo formulada, máxime cuando la médico forense dijo en el juicio que se le practicó la prueba de radiografía de muñeca y ortopantomografía, que no tenía ninguna duda de su mayoría de edad y que cualquier margen de error ya estaba valorado y apreciado siempre a favor del interesado y que no solicitó TAC orto-clavicular porque no lo necesitó, entendiendo que aquellas pruebas eran suficientes para la emisión del dictamen definitivo, por lo cual no podemos sino desestimar el presente recurso.

Medida cautelar consistente en que el interesado permanezca en un centro

Se desestima la petición de adopción de la medida

1.AAP de Barcelona, secc.18ª, nº468/2019, de 27 de noviembre

Se ha mantenido la procedencia de la medida cautelar consistente en que el interesado permanezca en un centro cuando pese a las pruebas médicas con resultado de mayoría de edad se aporta un principio de prueba por escrito como un pasaporte o un certificado de nacimiento del que resulta la minoría. Si no se aporta documentación, no concurre la



apariencia de buen derecho. Si el reclamante solicita ser reconocido como menor de edad, el deber de acreditar su edad documentalmente no le es ajeno. Aunque el menor haya abandonado el centro y manifiesta que no quiere ingresar en un centro, el procedimiento debe seguir.

Esta Sala ha venido sosteniendo "Ante la falta de documentación del actor... compartimos ... la procedencia de la realización de pruebas de determinación de la edad de conformidad con el artículo 35.3 Ley ve4/2000, de 11 de enero (SAP, Civil sección 18 del 14 de octubre de 2016 (ROJ: SAP B 10210/2016 - ECLI:ES: APB:2016:10210). Las dudas sobre la edad no pueden nacer del solo hecho de la apariencia, pero sí de la concurrencia de este dato con la falta de documentación de identidad o... por la presentación de un pasaporte que se reconoce falso." que (SAP, Civil sección 18 del 31 de octubre de 2018 (ROJ: SAP B 11524/2018 - ECLI:ES:APB:2018:11524)

En el presente caso, se practicaron una serie de pruebas médicas parciales (examen físico, dentario y radiografías de mano-muñeca y ortopantomografía), que el afectado sí ha alcanzado los 18 años, confirmándose por Informe forense definitivo de 18 de julio de 2018.

Se ha mantenido la procedencia de medidas cautelares en estos casos cuando, pese al resultado de las pruebas médicas, el interesado ha aportado un principio de prueba por escrito, mediante pasaporte o certificado de nacimiento que contradice el resultado pericial o por cualquier otro medio admitido en Derecho. Pero cuando no se aporta documentación, ni se practica diligencia alguna para aportarla, ni por vía particular, ni por vía consular, ni se arbitran otras pruebas, la apariencia de buen Derecho no concurre. El solicitante no es ajeno al deber de acreditar su edad documentalmente en el momento que se ha de decidir sobre si es un menor protegible o no. Si el demandante reclama su protección como menor de edad, no es ajeno a la carga de la prueba que acredite, cuando insta la protección, que lo es, en especial mediante la documental, que no consta que trajera consigo, ni que la reclamara, siquiera tardíamente (SAP, Civil sección 18 del 19 de septiembre de 2018 (ROJ: SAP B 8375/2018 - ECLI:ES:APB:2018:8375) SAP, Civil sección 18 del 06 de septiembre de 2018 (ROJ: SAP B 7742/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7742).

Aún así, hemos de valorar que el solicitante marchó voluntariamente de los centros en que se acordó su ingreso por Resolución provisional de la DGAI, hallándose en la actualidad en paradero desconocido lo que no es obstáculo que se continúe con la tramitación del procedimiento de protección



de menores iniciado, pese a las manifestaciones del interesado en el sentido de no desear ingresar en centro y querer marchar a Francia a vivir con su hermano.

La fotocopia de una fotografía hecha por móvil de un certificado de nacimiento no tiene valor alguno como apariencia de buen derecho. El interesado vive con una educadora social. No está en la calle ni en situación de peligro.

El auto hoy recurrido tras decir que la tramitación del permiso de residencia excede por completo de este procedimiento de medidas cautelares y del principal, y que la solicitud de ingreso en un centro es inherente a la minoría de edad, entiende que de lo actuado no se puede concluir que concurren las circunstancias para la adopción de la medida cautelar; en primer lugar, porque falta la documentación necesaria acreditativa de su edad en el momento del ingreso en el centro de la DGAIA, y en segundo lugar por el hecho de haberse practicado las pruebas médicas tendentes a la determinación de la edad, habiendo resultado mayor de edad, por lo que acuerda no haber lugar a la adopción de tales medidas. Contra el mismo se alza el apelante en los términos arriba mencionados por entender que concurren los requisitos de *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*.

Debemos desestimar el recurso toda vez que no concurre el primero de dichos requisitos, el *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho.

Ciertamente, como ya dijimos en el *auto de 30-5-2018*, "*conforme a la doctrina del Tribunal Supremo*, el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad".

En este caso, el documento que aporta para justificar su minoría de edad se trata de una mera fotografía de un certificado de nacimiento efectuada con un teléfono móvil que no puede constituir indicio probatorio



alguno, ni mucho menos fehaciente, como para constituir base de su pretensión, por lo que debe considerarse, a priori y a los efectos de la medida cautelar que no es suficiente título para acreditar la minoría de edad; y no acreditándose peligro de mora procesal (riesgo o peligro para el recurrente como consecuencia de la resolución impugnada), pues el propio apelante manifestó su deseo de no ingresar en un centro; que el 18-2-2019 se celebró la primera sesión de la vista del procedimiento principal contra la resolución de 21-8-2018, en la que se practicó el interrogatorio del mismo, el cual declaró que estaba viviendo en el domicilio de la Sra. Flora, en DIRECCION000, y que quería quedarse allí, no ingresar en un centro para menores.; que ésta declaró que era educadora especial en DIRECCION001 y que le ofreció alojamiento, de modo que vive con ella desde agosto de 2018, por lo que no está en situación de peligro, ni viviendo en la calle, pues además dijo que estaba estudiando y que recibía ayuda social, no concurriendo en definitiva los requisitos para adoptar una medida cautelar, es por lo que no podemos sino desestimar el presente recurso.

b. Se rechazan las pruebas médicas

Tribunal Supremo

1.ATS de 27 de noviembre de 2019 (Recurso nº5310/2018)

No infringe la doctrina del Supremo aplicar el principio de favor minoris ante un informe médico de determinación de edad que no está bien explicado ni es concluyente.

...consta que el paciente mostró su consentimiento a ser explorado y a la práctica de las pruebas-. No obstante, relata, sobre las premisas anteriores y sobre la base de la aplicación del principio favor minoris, y ante la duda, que se le debe dispensar el trato de menor; indica que el médico forense, en informe de fecha 16 de febrero de 2017, tras la exploración del joven, refirió que el resultado era compatible con ser menor de edad, a la espera de radiografía y ortopantomografía. Y que en el informe de fecha 23 de febrero de 2017, con simple exploración refiere un juicio de 19 años; que, con la ortopantomografía, deduce al menor 18 años -parece que lo concluye ante el desarrollo de las piezas y mineralización, pero sin estar bien explicado y al recoger 100=16 años, puntuación máxima, de los dientes del cuadrante inferior izquierdo-, no practicando ni radiografía esternoclavicular ni TAC.



Por todo ello, concluye la audiencia que, no siendo el resultado de las pruebas realizadas concluyente para establecer una mayoría de edad indubitada, aplicando el favor minoris, el apelante -aquí recurrido- debió quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

En realidad, lo que la recurrente muestra es su disconformidad con la aplicación del principio del favor minoris, consagrado por la doctrina del TS en la materia, pretendiendo a través del recurso una revisión de esta, que concluya de forma favorable a sus intereses. Lo cual no puede servir de fundamento al recurso de casación. Como resulta de lo expuesto, mediante la sentencia recurrida en casación, se acoge el recurso de apelación interpuesta por el ahora recurrido, se revoca la resolución de la primera instancia, pues de las pruebas médicas practicadas no se extrae una determinación segura y exacta de la edad del joven, no se está ante una conclusión inequívoca, razón por la que aplica el favor minoris, y por tanto ante la duda se le considera menor. En consecuencia, no se infringe la doctrina de la sala, por cuanto aplica el principio del favor minoris, siendo por tanto que el interés casacional alegado lo es meramente instrumental o artificioso.

C. Recurribilidad de la determinación de la edad

Audiencia Provincial

1. AAP de Madrid, secc.10ª, nº343/2019, de 18 de noviembre.

MUY INTERESANTE. La validez formal de un pasaporte excede del ámbito civil, pero no así las consecuencias legales de la fecha de nacimiento cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción civil. Cobertura del art.158.4 CC para que el juez adopte medidas que aparten al menor de un perjuicio. Se plantea una demanda en la que se ven afectados derechos fundamentales del interesado que entran dentro del ámbito de la jurisdicción civil. Se examina la validez de determinada documentación a los efectos de considerar la fecha de nacimiento y su incidencia en la minoría de edad sin que haya resolución administrativa que recurrir conforme a lo dispuesto en el artículo 780 de la LEC.

Repartido el asunto al Juzgado de 1ª Instancia nº 50 de Madrid, se



acuerda por diligencia de ordenación de 17-4-2012 oír a la parte demandante y al Ministerio Fiscal sobre la posible falta de jurisdicción de este Juzgado para conocer del asunto, por entender que corresponde a los Juzgados de los Contencioso. Por la parte actora se insiste en la competencia de los Juzgados de lo Civil y por el Ministerio Fiscal se informa en el sentido de entender que la competencia respecto a la regulación del pasaporte es de la administración General del Estado (Ministerio del Interior), cuyas actuaciones están sujetas al derecho administrativo y serán conocidas por los Juzgados del orden contencioso administrativo. Y en cuanto a la medida cautelar interesada es competencia de los Juzgados de familia.

Con fecha 29-5-2012 se dictó auto por el Juzgado referido, en el que se declara su incompetencia, entendiéndose que, en su caso, la tiene la jurisdicción contenciosa administrativa conforme al artículo 9.4 de la LOPJ .

Contra dicha resolución interpone recurso de apelación el demandante apoyándose en los artículos 248 y 249.2 de la LEC , al considerar su pretensión enmarcada en el derecho a la identidad y nacionalidad del menor, reconocido en la Convención sobre Derechos del Niño. Por otro lado aporta el auto del Juzgado Contencioso administrativo nº 24 de Madrid de fecha 27-3-2012 en el que se declara su falta de jurisdicción para conocer del recurso interpuesto por la misma representación procesal de... contra el decreto de edad de 2-2-12 del Ministerio Fiscal por el que se considera mayor de 19 años al recurrente y no se decreta su ingreso en el sistema de protección.

SEGUNDO.- Según el artículo 9 de la LOPJ :

"1. Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley.

2. Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional"

Por su parte el artículo 85.1 de dicha LOPJ previene que "los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: 1. En primera



instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por esta ley a otros juzgados o tribunales".

Dicha norma establece un criterio general de competencia objetiva atribuyendo a los Jueces de 1ª Instancia la competencia, en primera instancia, y por consiguiente siendo su resolución susceptible de recurso de apelación, de los juicios que no vengan atribuidos por esta Ley a otros Juzgados o Tribunales, norma competencial genérica recogida también por el artículo 45 de la actual L.E.C. que precisa, además, que su competencia objetiva queda excluida solamente cuando "por disposición legal expresa" quede atribuida a otros Tribunales. Siendo ello así, y no existiendo en la LOPJ ni en la actual L.E.C. ninguna "disposición expresa" que atribuya a la jurisdicción contenciosa-administrativa el conocimiento de las demandas con el contenido de la que es objeto de este recurso, resulta aplicable al caso aquella regla general que atribuye a los Jueces de 1ª Instancia el conocimiento de cualquier demanda cuyo conocimiento no se atribuye expresamente a otro órgano judicial. Es más, el artículo 22.3 de la LOPJ atribuye competencia a los Juzgados y Tribunales españoles en el orden civil, en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, cuando éstos tuviesen su residencia habitual en España.

Si bien en cuanto a la validez formal del pasaporte, es claro que excede del ámbito civil, pero no las consecuencias legales de la fecha de nacimiento que se hace constar en dicho documento, a efectos del tratamiento legal del afectado. Así, recoge el artículo 158.4 del CC que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictara...en general las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar el menor de un peligro o evitarle perjuicios. Existe en este caso una evidente contradicción entre la fecha de nacimiento que aparece en el pasaporte del demandante (14 septiembre 1996) y los resultados de las pruebas oseométricas, consistentes en la radiografía de la muñeca izquierda e informe psicosomático, de las que -se dice- resulta que necesariamente es mayor de 18 años el día 23 noviembre 2011, como se recoge en el decreto del Fiscal de Menores de dicha fecha obrante en autos.

Sin embargo, dicho decreto no destruye la presunción de veracidad que tiene el pasaporte del demandante, como documento oficial que es y conforme al artículo 319.2 de la LEC, presunción que sólo puede ser desvirtuada por otros medios de prueba. Aquí no consta el resultado de las pruebas referidas ni el método utilizado. Además, en cuanto a las pruebas



oseométricas, tal y como recoge el profesor de la Universidad de Granada don Luis María, ofrecen un margen de unos dos años que es demasiado impreciso y origina problemas de certeza y seguridad jurídica.

Se insta pues a través de la demanda la tutela judicial del demandante, en la que se ven afectados derechos fundamentales del mismo que entran dentro del ámbito de la jurisdicción civil.

En atención a todo ello procede estimar el recurso de apelación y entender que la jurisdicción civil es competente para conocer de la demanda y de sus incidencias, por lo que debe revocarse la resolución apelada, sin hacer expresa imposición de costas en ambas instancias".

Debe, en consecuencia, estimarse el recurso con base en los mismos argumentos cuando lo que se está solicitando es la validez de determinada documentación a los efectos de considerar la fecha de nacimiento y su incidencia en la minoría de edad y en ausencia de resolución administrativa que recurrir conforme a lo dispuesto en el *artículo 780 de la LEC*.

2.AAP de Barcelona, secc. 18ª, nº 341/2019, e 18 de septiembre

Se dicta un Decreto de Fiscalía de mayoría que da lugar a una resolución de cese de desamparo. Pasa el plazo legal sin que se interponga recurso Judicial. Posteriormente el interesado pide la revisión del Decreto al presentar una fotocopia del pasaporte. Se abre un nuevo procedimiento en el que el acuerdo del ente de protección confirmando el alzamiento del desamparo puede recurrirse judicialmente. El Decreto del Fiscal no es recurrible directamente pero sí lo son las resoluciones del ente de protección expresa, tacitas o por silencio cesando la tutela o alzando el desamparo.

Cabe deducir de lo actuado que, *prima facie*, tras una atención inmediata de la DGAIA, el 9 de marzo de 2017 la Fiscalía dictó Decreto en el que se establecía la mayoría de edad del demandante (como resultado de prueba médicas y a falta de pasaporte u otro documento de identidad) y que la Administración dejó sin efecto el desamparo, por resolución cuya fecha de notificación no consta. No consta tampoco que tal resolución fuera impugnada por vía judicial en el plazo de tres meses de los [arts. 780 LEC](#) y



113 LDOIA ni si cuando el interesado, por escrito de 15 de octubre de 2018, pide la revisión del Decreto de Fiscalía, se habían agotado o no los plazos.

Pero lo decisivo aquí es que hubo un nuevo procedimiento, iniciado a instancia de parte año y medio después del primer Decreto, al que acompañó, al parecer, una fotocopia de su pasaporte y para la revisión del Decreto inicial, posibilidad que la Ley prevé. El primer Decreto de la Fiscalía se dicta en un contexto provisionalísimo y a los efectos de expulsión o protección, pero si finalmente no se produce ni lo uno ni lo otro, el interesado puede aportar nuevas pruebas, sobre su minoría de edad y pedir que se revise su situación.

La Consulta n. 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados dice que nada impide que, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor, o en el supuesto de persistencia de las dudas sobre la edad del supuesto menor, o en caso de transcurso del tiempo, por ejemplo, porque se presentan documentos acerca de la minoría de edad cuando está a punto de llegarse a la mayoría de edad según una prueba ósea practicada hace algún tiempo, o porque aparecen nuevos procedimientos en que el interesado figura como mayor o menor de edad, resulte necesaria la revisión del decreto de determinación de edad.

(...)

El oficio del Servei d'Atenció a la Infància de 8 de noviembre de 2018 no constituye una resolución administrativa, sino el sometimiento de la Administración al eventual cambio del Decreto de la Fiscalía de 9 de marzo de 2017, pero el de 16 de noviembre de 2018, a la vista del nuevo Decreto de 16 de octubre de 2018, viene a confirmar el alzamiento del desamparo al considerar, de nuevo, que el demandante es mayor de edad.

Los Decretos de Fiscalía no son objeto de impugnación judicial, como hemos sostenido en otras ocasiones (AAP, Civil sección 18 del 14 de noviembre de 2018 (ROJ: AAP B 7488/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7488A) y el que cita), pero sí la negativa, expresa, tácita o por silencio de la Administración (SAP, Civil sección 18 del 10 de abril de 2019 (ROJ: SAP B 3801/2019 - ECLI:ES:APB:2019:3801), AAP, Civil sección 18 del 06 de marzo de 2019 (ROJ: AAP B 695/2019 - ECLI:ES:APB:2019:695A) y AAP, Civil sección 18 del 30 de abril de 2018 (ROJ: AAP B 1521/2018 - ECLI:ES:APB:2018:1521A), entre otras.



De la fotocopia de pasaporte que se acompaña, parece expedido el 22 de septiembre de 2018 y refleja como fecha de nacimiento la de NUM000 de 2000. La Fiscalía y la DGAIA han denegado cambiar su posición y debe quedar abierta así la vía judicial.

3.AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 417/2019, de 4 de noviembre

El procedimiento del art.780 LECIV sólo es idóneo para conocer de una resolución de cese del desamparo no para dilucidar si debía haberse establecido una concreta fecha de nacimiento más favorable para el interesado.

Inadecuación del procedimiento judicial del art.780 LECIV para la misma dice que la presenta contra la resolución de la DGAIA y contra el Decreto de determinación de edad, y pide que se dicte sentencia por la cual se declare que el Decreto de determinación de edad, de 20-10-2017, debía recoger la edad más favorable para el menor de 15 años y 4 meses, que es la edad referida por el propio menor en tanto que manifiesta que nació el NUM000-2002, y no la que consta en el Decreto de minoría de edad, según el cual contaba con 15 años y 6 meses como edad más probable.

El auto recurrido inadmite a trámite dicha demanda porque el objeto del procedimiento previsto en el [art. 780 LEC](#) es oponerse a la adopción de una medida dictada por la Administración con el objetivo de que se cambie dicha medida o se adopte de otra manera, pero los datos personales de las partes como es el caso de la fecha de nacimiento del actor, no puede ser objeto de recurso, ya que es una cuestión que afecta al estado civil y capacidad de las personas respecto de las cuales el juzgado no es en absoluto competente, debiendo la parte acudir al organismo o jurisdicción que estima competente para que se fije según su petición la correcta fecha de nacimiento del actor.

Contra el mismo se alza el apelante alegando que auto "inadmite a trámite una demanda" de oposición a la resolución de protección de menores que todavía no ha sido interpuesta, y pide que se acuerde la admisión del escrito iniciador del procedimiento de oposición al Decreto de Fiscalía y la resolución de la DGAIA a efectos de que, conforme a lo establecido en el [art. 780 LEC](#), el LAJ reclame testimonio completo de los expedientes a la Fiscalía y a la DGAIA, lo que debemos desestimar.



En primer lugar la demanda se presentó formulando un concreta pretensión, la determinación de la edad del menor, 15 años y 4 meses o 14 años y 6 meses, ello tras habersele dado traslado del expediente administrativo por Diligencia de Ordenación de 20-7-2018, no así del expediente de Fiscalía, pues el art. 780 LEC sólo se refiere a las resoluciones de la DGAIA y el Ministerio Fiscal no es un órgano administrativo, con lo que el trámite se cumple exclusivamente con la remisión del expediente de la DGAIA, en el cual si se encuentra el Decreto de fiscalía.

Como señala la DGAIA, se advierte que la demanda quiere dirigirse también contra la Fiscalía, cuando ello no es posible al no prever la ley el recurso directo contra la decisión de fiscalía en esta materia.

Y resultando que lo que plantea está fuera del procedimiento de oposición a una medida de protección de menores, que son las adoptadas por la DGAIA y susceptibles de oposición judicial; que la única que puede ser objeto de oposición es la de 19-4-2018 que declara el desamparo, y en la misma consta como fecha de nacimiento el NUM001-2002 que es la que , de forma razonada y provisional, consta el Decreto de Minoría de Edad en base al informe de médico forense de 20-10-2017 y que es provisional en tanto en cuanto el interesado no acredite fehacientemente sus datos de identidad; que, repetimos, contra el decreto de fiscalía no cabe oposición en sede judicial, (ATC 151/2013, de 8-7-2013) siendo que su actuación ha sido escrupulosa y de conformidad con el art. 35.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, y que en definitiva ninguna indefensión se ha producido, dado que el expediente de fiscalía ha estado a su disposición desde que fue designado, es por lo que no podemos sino desestimar el presente recurso.

D. Otras

Audiencia Provincial

1.AAP de Barcelona, secc.18ª, nº398/201 9 de 24 de octubre

Recurso confuso. Critica que no se ha oído al interesado en el expediente de determinación de edad pero consta que ha sido declarado menor de edad. Asimismo, señala que no se le ha protegido como menor cuando lo ha sido hasta que ha abandonado el centro de protección. El



expediente no se cierra por considerarlo adulto sino porque se ha marchado del centro.

Critica que no se le han permitido aportar pruebas en el expediente de fiscalía y que no se le ha oído y que no ha sido protegido

El recurso es confuso en tanto hace alegaciones que no pueden relacionarse con el supuesto concreto. Hace una crítica al procedimiento de determinación de edad cuando el interesado ha sido declarado menor de edad. Y denuncia la ausencia de actividad protectora de la entidad pública cuando se ha dado la protección prevista en la ley hasta el dictado de la Resolución que ahora se recurre. Lo que procede analizar es si la resolución de cierre del expediente es susceptible de oposición conforme a lo dispuesto en el art. 780 LEC.

Como recoge la resolución apelada el ahora apelante fue objeto de la protección establecida en las leyes para los menores de edad -Resolución de protección inmediata en agosto de 2018 y realización de las pruebas médicas que concluyen que es menor de edad- procediéndose al cierre del expediente de protección por haber marchado en noviembre de 2018. El cierre del expediente no se produce por haber considerado al interesado mayor de edad sino porque se ha fugado del centro y se desconoce su paradero.

2.AAP de Barcelona, secc.18ª, nº398/201 9 de 24 de octubre

Si el menor abandona el centro es exigible al ente de protección, antes de cesar la tutela, una mínima investigación dirigida a localizar al menor y comprobar si algún familiar se ha hecho cargo de él o ha vuelto a su país. Consta que sigue siendo menor de edad.

No se trata de una *probatio diabólica*, ni de una acción exacerbada en búsqueda de los menores, pero sí de exigir de la Administración actos que demuestren que vela por su protección a través de procesos adecuados de localización. La cuestión es que la DGAIA no practicó diligencia alguna de averiguación de paradero. Ello no priva para que gestione las plazas, en ausencia del menor, de la manera que entienda más adecuada.... En suma, aunque parece que el menor ha sido un pasavolante, en tránsito hacia Francia, manifestó querer quedarse en Barcelona y no ha quedado suficientemente acreditado que se haya marchado de nuestro país. No es función de la Administración una actuación desahogada de localización si algún familiar se ha hecho cargo o si ha regresado a su país, pero sí una mínima diligencia



cuando el menor, que consta sometido a expediente de desamparo, se ha ido sin dejar señas, sin perjuicio de la diligencia exigible a un menor supuestamente maduro que pide protección. Ha estado aquí y no hay prueba, ni indicio de que ya no esté."

En el presente supuesto consta como hemos dicho que todas las actuaciones de la administración previas al cierre del expediente fueron encaminadas a dar protección al menor, solo interrumpidas por la marcha voluntaria. Como hemos señalado en otros procedimientos similares el interés del menor demandaba mantener el expediente abierto con las consecuencias legales que de ello se derivan cuando no hay plena certeza de su efectiva marcha a otro país. Y en consecuencia procede admitir la demanda de oposición, en tanto el interesado no alcance la mayoría de edad. No consta en el expediente el Decreto de Fiscalía y según el interesado y así consta en el Informe médico preliminar refirió haber nacido el NUM000-2002 por lo que sigue siendo menor de edad. Por todo ello procede la admisión del recurso.

3.SAP de Barcelona mº509/2019, de 18 de julio

La huida del menor no exime a la Administración de seguir ejerciendo sus funciones tuitivas.

Tanto el Decreto de la Fiscalía, como la propia Resolución de la DGAIA reconocen que se trataba de un menor desprotegido, sin familia en España y sin arraigo. Por tanto, precisado de la adopción de medidas de protección y de ahí que se acordará su ingreso en Centro.

El hecho de que el menor huyera no exime a la Administración de continuar ejerciendo su labor tuitiva sobre el mismo. Al contrario, debe exigirse mayor celo tanto por la protección del propio menor como para evitar cualquier situación de riesgo o perjuicio para él o para terceros una vez que está acreditado que se encuentra en una situación de desamparo.

Y no discutiéndose que se trata de un menor, por bien que no se haya aportado documentación al respecto, en estos momentos , a diferencia de aquel supuesto contemplado en la sentencia de esta AP de 16 de octubre de 2018 , en que ya se había rebasado la mayoría de edad por el transcurso del tiempo, no podemos más que instar a la administración a mantener abierto el expediente y a continuar otorgando protección al menor, así como a que adopte cuantas medidas sean precisas para su localización. Como se recordaba en supuesto análogo en la sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2018 , " No es función de la Administración una actuación desahogada de localización si algún familiar se ha hecho cargo o si ha



regresado a su país, pero sí una mínima diligencia cuando el menor, que consta sometido a expediente de desamparo, se ha ido sin dejar señas, sin perjuicio de la diligencia exigible a un menor supuestamente maduro que pide protección.", por lo que hasta la mayoría de edad la DGAIA debe seguir las pesquisas para su protección.



III.CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

2.DETERMINACIÓN DE LA EDAD

B. Documentos y prueba médica contradictorias

b. Prevalece el documento

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Andalucía, nº2273/2019, de 17 de octubre

Puede cuestionarse el contenido de un documento, aunque sea auténtico. Debe distinguirse entre autenticidad de un documento y fuerza probatoria. Un documento "auténtico" es aquel que no ha sido declarado falso; pero que un documento no sea falso, no supone necesariamente que los datos recogidos en el mismo hagan plena prueba en un proceso. Llevado al extremo el literal de los arts. 319 y 326 LECIV sobre el "pleno valor probatorio" que atribuyen a los documentos públicos nos encontraríamos con resultados ilógicos como documentos contradictorios. Ambos tendrían un valor pleno cuando ontológicamente es imposible.

Otra razón que obliga a rechazar el pleno valor probatorio de un documento es que obligaría a aceptar documentos falsos que en la jurisdicción penal no se ha podido probar que lo sean, lo que resulta injusto. En este caso no prevalece la prueba médica porque no se ha valorado la horquilla de la prueba médica de la que se desprende que el interesado puede tener 14 años.

En su recurso de apelación la parte apelante indica, en síntesis, que hay error en la valoración de la prueba, especialmente de las pruebas óseas realizadas y en las que se concluyó que D. Raúl era mayor de edad.

Expone la Abogacía del Estado que no se puede olvidar la situación del Registro Civil en Ghana, como reconoce Unicef, ya que es un país que no garantiza la certeza de los datos sobre la edad del titular que figuran inscritos en el mismo, y que no se trata de discutir la autenticidad del documento, sino la exactitud de la fecha de nacimiento recogida en el pasaporte.

Argumenta la Administración apelante que "la Policía de Ghana no atiende al contenido de los documentos para acreditar la edad, y no puede



pretenderse que un documento emitido por las autoridades correspondientes de Ghana tenga mayor valor probatorio en nuestro país que en el propio de la persona extranjera".

También se alega que la prevalencia de las pruebas médicas frente a la documentación aportada ha sido ampliamente acogida por el Tribunal Supremo, y se concluye que debe revocarse la Sentencia impugnada para reponer las actuaciones a fin de que se analice el fondo del asunto y se efectúe el correspondiente pronunciamiento acerca de la procedencia o improcedencia de la expulsión acordada por la Subdelegación.

(...)

lo primero que hay que señalar, con carácter previo, es la diferencia entre 1) la autenticidad de un documento y 2) el valor probatorio que se derive del mismo.

Se trata una matización importante y necesaria, a la vista del silogismo que se realiza en la Sentencia apelada.

Un documento "auténtico" es aquel que no ha sido declarado falso; pero que un documento no sea falso, que sea verdadero o "auténtico", no supone necesariamente que los datos recogidos en el mismo hagan plena prueba en un proceso.

Así, un informe pericial, ya sea el perito judicial o de parte, puede ser "auténtico" en la medida en que no se declare como falso en la jurisdicción penal, pero eso no supone que lo que manifieste el perito haya de ser acogido en Sentencia sin más, dando a tal medio probatorio todo valor, sino que, antes al contrario, debe someterse la pericial (como cualquier otro medio probatorio) a la valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica y a su contraste con el resto de pruebas practicadas en el proceso.

Lo mismo sucede con la prueba documental, ya sea el documento público o privado. Y así, que un documento sea auténtico no quiere decir que no pueda ser objeto de prueba en contrario o que no deba valorarse con arreglo a las reglas de la sana crítica.

(...)



La LEC, en sus artículos 319 y 326, (aplicables en la jurisdicción contenciosa por la remisión de la Disposición Final Primera de la LJCA), ha introducido cierta confusión, que ha llevado a que en ocasiones se identifique falta de impugnación sobre autenticidad con pleno valor probatorio.

Esto es, es el propio tenor literal de la LEC el que en ocasiones ha inducido a que, de forma incorrecta, se identifique "documento no falso" con "pleno valor probatorio".

Así, el artículo 319 de la LEC, bajo la rúbrica de "fuerza probatoria de los documentos públicos" dispone que "los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella".

Y el artículo 326.1 establece que "Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen."

En muchas ocasiones, dada la literalidad de las normas citadas, se ha identificado, como se ha expuesto, "documento no falso" (o auténtico) con "plena prueba" (o verdad procesal inmutable), lo cual resulta totalmente incorrecto, ya que solo podrá atribuirse pleno valor probatorio a los documentos públicos o privados cuando no sean contradichos por otras pruebas, pese a que la norma, en su literalidad, no lo indique expresamente.

Esto es así por diversas razones, entre las que podemos destacar que los documentos, tanto públicos como privados, no suponen una presunción iures et de iure, sino iuris tantum, y, por tanto, susceptible de prueba en contrario. Y así se deduce del artículo 385 de la LEC.

Lo que supone que, aunque no se indique expresamente, el "pleno valor probatorio" que se atribuye en los artículos 319 y 326 de la LEC, se dará con carácter general salvo que otras pruebas acrediten otra cosa.

Es cierto que la LEC, por razones de seguridad jurídica, ha querido dar una especial relevancia probatoria a los documentos (públicos y privados) frente a otros medios probatorios (como la prueba testifical), pero esa voluntad legislativa no ha querido llegar al punto de impedir que frente a un documento público o privado se puedan aportar otras pruebas que los contradigan o pongan de manifiesto que, pese a su autenticidad, no son un medio apto para acreditar una determinada cuestión controvertida.



(...)

Pues una cosa es, se reitera, que un documento no sea falso y otra que no admita prueba en contrario o que no deba ser valorado con arreglo a las reglas de la sana crítica.

Además, si llevamos al límite y reducimos al absurdo el tenor literal del "pleno valor probatorio" que atribuyen los citados artículos 319 y 326 de la LEC a los documentos públicos y privados, nos encontraríamos con resultados ilógicos.

Piénsese en el caso en que haya dos documentos públicos (o privados) que sean contradictorios entre sí. Según el tenor literal de la LEC, ambos tendrían "pleno valor probatorio", cuando, resulta evidente, es ontológicamente imposible que dos cosas opuestas sean ciertas a la vez, ya que en Sentencia se tendrá que dar valor probatorio a un documento en detrimento de otro, lo que supondrá, necesariamente, que uno de ellos no tenga "pleno valor probatorio".

Otra de las múltiples razones por las que no se debe identificar de forma automática "documento auténtico" con "pleno valor probatorio" la encontramos en que en la jurisdicción penal no siempre será posible demostrar si un documento es o no falso, pues por prescripción, falta de autor conocido, o por la presunción de inocencia, no siempre que estemos ante un documento falso se podrá demostrar que es falso, lo que supondrá que si no hay declaración penal de que un documento es falso (pese a que pueda serlo) se deberá tener por auténtico en la jurisdicción civil o contenciosa, lo que significaría, a la postre, de mantenerse una interpretación puramente literal de los artículos 319 y 326 de la LEC, que se podría estar dando "pleno valor probatorio" a un documento falso y sin posibilidad de admitir prueba en contrario, lo que, por un orden natural, resultaría profundamente injusto.

En síntesis, por tanto, no es ajustado a Derecho que se identifique de forma automática a todo documento público con "pleno valor probatorio".

Esto es, con carácter general, los documentos públicos y privados tienen una especial fuerza probatoria, y, si no hay otras pruebas que los contradigan, entonces harán prueba plena.

Pero esta regla general que se deriva del tenor literal de los citados artículos 319 y 326 de la LEC ha de ser complementada, mediante una interpretación conjunta y sistemática de la LEC, a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, con la posibilidad de que se practiquen otras pruebas que



contradigan a la documental, así como con la necesidad de que todas las pruebas sean valoradas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Máxime cuando se trate, como en el caso que es objeto de este proceso, de documentos extranjeros, a los que se refiere el artículo 323.1 cuando dispone "A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley"

(...)

En síntesis, por tanto, no es ajustado a Derecho que se identifique de forma automática a todo documento público con "pleno valor probatorio".

Esto es, con carácter general, los documentos públicos y privados tienen una especial fuerza probatoria, y, si no hay otras pruebas que los contradigan, entonces harán prueba plena.

Pero esta regla general que se deriva del tenor literal de los citados artículos 319 y 326 de la LEC ha de ser complementada, mediante una interpretación conjunta y sistemática de la LEC, a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, con la posibilidad de que se practiquen otras pruebas que contradigan a la documental, así como con la necesidad de que todas las pruebas sean valoradas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Máxime cuando se trate, como en el caso que es objeto de este proceso, de documentos extranjeros, a los que se refiere el artículo 323.1 cuando dispone "A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley"

(...)

Por tanto, el criterio que se fija por este Tribunal para estos casos, es que el pasaporte de un extranjero supone una prueba de especial relevancia para determinar la edad de una persona, pero no es una prueba determinante, ni



exclusiva ni excluyente, puesto que puede ser objeto de prueba en contrario, y deberá el Juzgado o Tribunal, tras una valoración conjunta de todas las pruebas practicadas, determinar cuál es la edad que tiene en realidad la persona de que se trate.

En el caso de autos, respecto de los pasaportes de Ghana, de donde es nacional el apelado, hay datos objetivos, como informes de Unicef, recogidos por diversas Sentencias, que acreditan que hay problemas de concordancia entre el Registro Civil de Ghana y la realidad, y que, como refiere la Abogacía del Estado, la propia Policía de Ghana no atiende al contenido de los documentos para la acreditación de la edad, ya que en ocasiones hay ciudadanos inscritos con años de retraso.

La prueba practicada en este proceso, como señala la Sentencia apelada, consistió en diversos informes y en una prueba oseométrica.

(...)

Los informes, como el referido en el folio 5 del expediente administrativo, ponen de manifiesto "la falta de correspondencia entre los datos aportados del pasaporte y la apariencia física del menor" y "la evidente e indubitada falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado".

La prueba oseométrica obra al folio 9 del expediente; fue realizada por las Doctoras D^a Erica y D^a Estefanía, el día 3 de julio de 2017, y, tras la realización de una radiografía de la mano izquierda en el HOSPITAL000, las galenas informaron que:

"Según las tablas de las que disponemos (Greulich y Pyle) este paciente muestra un cierre completo de los núcleos de osificación de la mano y de los huesos del carpo, por lo que su edad ósea es de 19 años.

No se dispone de tablas con desviación estándar para esta edad ósea por lo que la única aplicable es la que corresponde a una edad ósea de 17 años, con una horquilla de entre 14.6 y 19.6 años".

(...)



De acuerdo con la prueba practicada, la Sentencia apelada concluye que la duda sobre la edad de D. Raúl se basa en "la sospecha derivada de la observación del desarrollo físico del individuo, cuando esto por sí solo no puede ser determinante, sin que lo sea tampoco el resultado de la prueba ósea, dado su gran margen de error".

Esto es, se considera por el Juzgado de instancia que la apreciación sobre la edad de D. Raúl no es determinante, y que el informe médico tiene un amplio margen de error.

Y estas conclusiones son plenamente compartidas por este Tribunal, que no considera que haya, como manifestó la Administración estatal, ningún error en la valoración de la prueba, por cuanto que no hay ninguna prueba clara y consistente que demuestre la mayor edad del apelado en el momento en que se dicta la resolución de expulsión.

Es cierto que el informe médico hace referencia a una edad ósea de 19 años, lo que podría ser una prueba suficiente para anular el valor probatorio de los datos del pasaporte, pero el informe médico no es concluyente ya que hace referencia a una horquilla entre 14.6 y 19.6 años.

Por tanto, ante la falta de una prueba directa, clara, concluyente y determinante que acredite la mayor edad del apelado, deben prevalecer los datos que obran en el pasaporte, lo que supone la desestimación del recurso de apelación interpuesto, al no apreciarse error en la valoración de la prueba.

(...)

Así las cosas, la prueba aportada por la Administración en el proceso, que fue la misma que la obrante en el expediente administrativo, pues no se practicó prueba, fue únicamente, como se ha expuesto, unos informes basados en apreciaciones subjetivas sobre la edad, lo que no parece un método fiable para determinar la edad de una persona, y un informe médico con un margen de error tan amplio que D. Raúl podría tener, según el citado informe, lo mismo 15 que casi 20 años, o "una horquilla de entre 14.6 y 19.6 años", por utilizar los exactos términos del informe.



Por tanto, la Administración estatal no cumplió con su carga probatoria, al no haber aportado ninguna prueba sólida, convincente o taxativa, que acreditase la mayor edad del apelado, ya que las pruebas aportadas no son suficientes para probar la mayoría de edad, y no se aportaron otras pruebas, como otros estudios o informes médicos, pruebas sobre posesión de estado, o una investigación más amplia sobre otros datos oficiales del apelado en Ghana, su país de origen.

2.STSJ del País Vasco, secc.3ª; nº 517/2019, de 21 de noviembre

Revocación de autorización de residencia concedida como menor. Tal autorización se concedió por un Decreto de la Fiscalía de Ceuta que señalaba que era menor de acuerdo con las pruebas médicas, pero del pasaporte se desprende que es mayor de edad. Se atiende al documento ya que, si bien no consta su autenticidad, no tiene el margen de error de las pruebas médicas.

"CUARTO. - Valoración de prueba. -

En el caso que ahora se examina, la resolución impugnada de la Delegación del Gobierno en Ceuta procedió a declarar extinguida la autorización de residencia temporal no lucrativa inicial, de la que disponía el interesado, al comprobarse que había invocado ante la Jefatura Superior de Policía de Ceuta que era menor de edad, iniciándose un procedimiento para la obtención de la autorización de residencia temporal no lucrativa inicial, al encontrarse indocumentado, conforme a lo dispuesto en el *artículo 196 del RD 557/2011, de 20 de abril* .

Ahora bien, cuando el 16 de mayo de 2017 (folio 43, del expediente administrativo), presentó la solicitud de autorización de residencia temporal no lucrativa, acompañó el Decreto de minoría de edad de 22 de marzo de 2017 expedido por la Fiscalía de Área de Ceuta, en la que se indicaba que debía ser considerado menor de edad. Ahora bien, el mismo ya contaba con pasaporte expedido en Marruecos en fecha 9 de junio de 2016, siendo su fecha de nacimiento real el NUM000 de 1998, circunstancia de la era plenamente conocedor. Alcanzó la mayoría de edad, en consecuencia, en fecha 9 de julio de 2016.



Ser mayor edad y saberlo y manifestar que era menor de edad al tiempo de presentar su solicitud, lo que comporta es una inexactitud grave de las alegaciones formuladas para obtener la autorización de residencia temporal no lucrativa, fraude que se proyecta en la obtención de la autorización, lo que implica su extinción y la desestimación del recurso."

E. Recurribilidad del Decreto del Fiscal

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid nº 801/2019, de 19 de diciembre

MUY INTERESANTE: Recurribilidad directa del decreto del Fiscal de determinación de edad. La STS nº131/2018, de 31 de enero señala que cualquier acto de aplicación del Protocolo es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El Decreto pone fin a un procedimiento eminentemente administrativo, con un acto de aplicación del citado Protocolo que según la sentencia debe poder impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si en la impugnación del proceso de la determinación de la edad, no se sitúa el Juzgado en la perspectiva de la atención al respeto de las normas y derechos de los menores, en ningún caso puede concluirse con una decisión que los tenga en cuenta.

Tal y como indicamos en el escrito de alegaciones sobre falta de Jurisdicción presentado ante el Juzgado, y que consta en Autos, se ha dictado recientemente Sentencia por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en fecha 31 de enero, Sentencia 131/2018 de la Sala Sección Quinta, dictada en respuesta a la impugnación del Protocolo Marco de 2014 sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados (normalmente conocido como Protocolo MENAS).

Y esta Sentencia sienta a nuestro entender, una nueva doctrina en cuanto a la competencia de esta Jurisdicción por cuanto afirma sin ningún género de dudas que los actos que se dicten en aplicación del protocolo son susceptibles de impugnación directa ante la Jurisdicción contencioso administrativa.



2.- La interpretación que hace el Auto recurrido, es equivocada a nuestro entender y dicho sea con todo el respeto, por cuanto que se refiere continuamente en su argumentación al hilo de esta Sentencia, a los actos de aplicación del Decreto de determinación de la edad, pero a lo que el Tribunal se está refiriendo es a los actos dictados en aplicación del Protocolo, pues determina que el Protocolo mismo no es recurrible, pero sí lo son sus actos de aplicación.

Así pues, el Decreto del Fiscal, principal acto dictado en aplicación del Protocolo, debe concluirse es recurrible ante esta Jurisdicción.

3.- Por tanto, está reconociendo que el Ministerio Fiscal, (quien por cierto especifica en sus Decretos que sujeta su actuación al discutido Protocolo y se considera obligado en su actuación por las disposiciones del mismo), al dictar ese Decreto pone fin a un procedimiento eminentemente administrativo, con un acto de aplicación del citado Protocolo que según la sentencia debe poder impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.